

JE LI, DOISTA, UVIJEK I SVUDA, SVE ŠTO NIJE ZABRANJENO DOPUŠTENO? POKUŠAJ JEDNE TEORIJSKOPRAVNE KOZERIJJE *

Prof. dr. sc. Zoran Pokrovac **

UDK: 340.132.6.01

DOI: 10.3935/zpfz.69.56.03

Prethodno znanstveno priopćenje

Primljeno: travanj 2019.

I nepravnici i pravnici rado “potežu” argument da je sve što nije zabranjeno dopušteno. Vrhovni sud RH to “pravilo” uzdiže u rang osnovnih načela. Brojni su primjeri naivnog i olakog argumentiranja, i među pravnicima i među nepravnicima, da je sve što nije zabranjeno dopušteno.

Već je Aristotel upozoravao na moguću kontradiktornu suprotnost zapovijedi i zabrane, a povijest njihova pojmovnog odnosa duga je i komplicirana.

S obzirom na slobodu ili bezbroj mogućnosti podijeljenog ponašanja proizlazi da “sve one bezbrojne mogućnosti koje nisu normativno zabranjene jesu pravno dopuštene nužnošću same egzistencije” (Visković). Upravo to je “aksiom slobode, koji dominira pravnim sistemom” i koji nije “logičke, već ontološke, egzistencijalne prirode” (ibid.). Dokazivao sam da samo u modernim pravnim sistemima svako konkretno djelovanje oko čije (ne)dopuštenosti postoji spor može postati predmet sudskog odlučivanja i da su upravo sudovi – u pravilu – dužni odnosno slobodni donijeti konačnu odluku o sporu. Prije konačne sudske odluke svako je konkretno djelovanje i potencijalno dopušteno i potencijalno nedopušteno, odnosno vlada neizvjesnost glede njegove (ne)dopuštenosti. Princip da sve što nije zabranjeno jest

* Izmijenjeno i prošireno priopćenje na znanstvenom skupu “Hohfeldova teorija prava” (organizatori: Hrvatska udruga za pravnu i socijalnu filozofiju te teoriju prava i države i Akademija pravnih znanosti Hrvatske, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 22. ožujka 2017.). Povod skupu bila je objava knjige Ivane Tucak *Hohfeldova analitička teorija prava*, Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Osijek, 2016.

** Dr. sc. Zoran Pokrovac, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Domovinskog rata 8, Split; pokrovac@pravst.hr;
ORCID ID: orcid.org/0000-0002-1341-8372

dopušteno realistički preformuliran glasio bi: svako konkretno djelovanje koje nije bilo predmet sudske kontrole može biti sudski kontrolirano i može biti zabranjeno ili dopušteno; svako konkretno djelovanje koje je bilo predmet sudske kontrole, a nije zabranjeno, jest dopušteno. Ni tako preformuliran princip nije povijesno univerzalan.

Ključne riječi: načelo sve što nije zabranjeno je dopušteno, neizvjesnost, sudska kontrola, subjektivno pravo

Čini se paradoksalno da je upravo jedna slabost istodobno i velika vrijednost knjige *Hohfeldova analitička teorija prava*¹ Ivane Tucak: njezina knjiga staroj temi – obično diskutiranoj kao sintagma *subjektivno pravo, subjektives Recht* – pristupa gotovo u potpunosti ignorirajući baš onu tradiciju u kojoj je nastala – tradiciju pod utjecajem njemačkog govornog područja, dakle područja za koje neki smionu tvrde da pravna znanost, pravoznanstvo, kao genuino njemačka pojava, i postoji izvorno samo na njemu i da se njezino postojanje izvan njega može dovesti u vezu s njemačkim pravoznanstvenim utjecajima, transferima, recepcijama itsl. Nije mi poznato podrijetlo glavnog junaka knjige Ivane Tucak, ali prezime Hohfeld – slučajno li? – zvuči veoma njemački! Ta će se slabost vjerojatno vrlo skoro pokazati kao najveća vrijednost, čim ostaci slavne njemačke pravoznanstvene tradicije i kod nas budu pometeni imperijalnim nadiranjem i prodiranjem anglosaksonske analitičke i sličnih jurisprudencija. S vrijednom knjigom kolegice Tucak spremnije ćemo ga dočekati.

S obzirom na to da pripadam gotovo već izumrloj vrsti pravoznanstvenih germanofilnih nosoroga, ne usuđujem se govoriti o knjizi kolegice Tucak jer bi za to trebalo znati bar približno onoliko koliko znaju ona i Ivan Padjen. Međutim, da bi moje izlaganje ipak bilo bar u blizini tema ove nadasve korisne knjige i da bih pokušao pokazati da u amerikaniziranom svijetu njemačka teorija prava još uvijek ima izvjesnu vrijednost, podsjetit ću vas na jednu temu kojom sam se prvi put bavio još prije 20-ak godina.²

Rudolf von Jhering (1818. – 1892.), jedan od rodonačelnika naše discipline, rekao je u 19. stoljeću: “U Njemačkoj je sve zabranjeno, što nije dopušteno; u Engleskoj je sve dopušteno, što nije zabranjeno; u Rusiji je sve dopušteno, što je zabranjeno!”³ A u 21. stoljeću jedan uspješni odvjetnik, koji se pretežno

¹ Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku, 2016.

² Mislim na Pokrovac, Z., *Slobodno stvaranje prava. Hermann Ulrich Kantorowicz i slobodnopravni pokret*, Naklada Breza, Zagreb, 2018.

³ Citirano prema <https://www.apophorismen.de/zitat/177735>. Kao kuriozum vrijedi spomenuti da se makedonski ustavotvorci prave Englezi, pa već u članku osmom proklamiraju “Vo Republika Makedonija slobodno e se što so Ustavot i zakon ne e zabraneto.” (U Republici Makedoniji slobodno je sve što Ustavom i zakonom nije zabranjeno.) (čl. 8., st. 2.).

bavi građanskim i trgovačkim pravom, ogorčen sudskom praksom, ovih dana mi piše: “U Hrvatskoj je još uvijek u primjeni staro komunističko načelo po kojemu je *zabranjeno sve što nije izričito dopušteno*”. (Dakle, već je u Njemačkoj 19. stoljeća anticipirano navodno komunističko načelo, a originalnost komunizma svodi se tek na dodatak onoga “izričito”!).

U nas i nepravnici i pravnici rado “potežu” argument da je sve što nije zabranjeno dopušteno.⁴ Jedan naš nadbiskup se pravi Englezom, “pravilo” drži “drevnim” i poučava pravnike: “Istina je da u Ustavu piše što su znakovi državnosti i što smije stajati u službenim prostorima, ali nema govora što ne smije stajati u prostorijama u kojima žive kršćani. Drevno pravilo glasi: *sve je dopušteno što nije zabranjeno*.” (istaknuo Z. P.).⁵ Vrhovni sud Republike Hrvatske, naravno, slijedi biskupovo shvaćanje te to “pravilo” uzdiže u rang osnovnih (valjda pravnih) načela: “Osnovno je načelo da je *dopušteno sve ono što nije zabranjeno*.” (istaknuo Z. P.). Ocjenjujući ustavnost te presude Vrhovnog suda, Ustavni sud Republike Hrvatske pak zaključuje: “Zaključna je ocjena Ustavnog suda da su nadležni sudovi (...) iznijeli ozbiljne, relevantne i dostatne razloge za svoje odluke, odnosno da su svoja pravna stajališta obrazložili na način koji ne dovodi u sumnju u arbitrarnost postupanja i odlučivanja”. O onom “osnovnom načelu” tu Ustavni sud izričito ne kaže ništa, ali zato 2008., u svojim *Odgovorima za XIV. kongres Konferencije europskih ustavnih sudova o “PROBLEMIMA ZAKONODAVNIH PROPUSTA U USTAVNOSUDSKOJ PRAKSI”*⁶, pozivajući se baš na teoretičara prava Duška Vrbana, tzv. pravno slobodni prostor definira kao “pitanja koja ostaju izvan domašaja zakonodavca jer je *sve pravno dopušteno što nije zabranjeno*.” (istaknuo Z. P.). 1993. godine, pozivajući se na presudu Vrhovnog suda Republike Hrvatske iz 1992. godine, Ivo Grbin, sudac tog suda, bez ikakve dileme zaključuje: “U Republici Hrvatskoj ne postoji propis koji zabra-

⁴ Na Googleu Hrvatska moglo se 11. ožujka 2017. za “presuda sve što nije zabranjeno” naći oko 403.000 rezultata (za 0,55 sekundi). Isto, “presuda sve što nije zabranjeno je dopušteno” oko 105.000 rezultata (za 0,63 sekundi).

⁵ *Zadarski list*, online izdanje, 11. ožujka 2017. (<http://www.zadarskilist.hr/clanci/21122009/zasto-bi-kriz-bilo-kome-smetao>). Da u vezi s religijskim pravilima nezabranjenost ne mora biti argument za dopuštenost, vidimo lijepo na ovom primjeru: “Na tradicijskome židovskom groblju ne sadi se bilje, a samoniklo se ne smije ubrati. U novije doba uobičajilo se i uređivanje sađenjem bilja, ali i danas tradicija odbacuje običaje donošenja svježeg rezanog cvijeća na groblje, premda to nije zabranjeno; prigodom posjećivanja groba običaj je na grob položiti kamenčić.” (J. Koš, voditeljica knjižnice Židovske općine Zagreb, *Smrt i život*, http://www.veritas.hr/casopisi/2008_11/11_2008_zidovstvo.html).

⁶ Ustavni sud Republike Hrvatske, broj: SuP-MS-2/2008; citirano po https://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/report_Croatia_cr.pdf.

njuje ugovaranje zlatnih, odnosno valutnih klauzula, što znači da je ono dopušteno”.⁷ Docent jednog pravnog fakulteta piše: “Međutim, jednako bi se tako moglo ustvrditi, primjenom načela – *što nije zabranjeno, dopušteno je* (istaknuo Z. P.) – da je moguće određivanje privremenih mjera i u žalbenom postupku u upravnom sporu”.⁸ Bar u vezi s ovom temom zakonodavac kao da je jasan: “Dopuštena je svaka gospodarska djelatnost koja nije zakonom zabranjena.” (st. 3., čl. 2. Zakona o obrtu iz 2013. godine).⁹ Ne zaostaju ni laici. Na forumu hrvatskog pravnog portala *Legalis* 2016. godine o temi se dugo diskutira, pa se npr. može pročitati i što misli izvjesni BoreLee: “Molim ljepo, sam gosp. Mesic je nekoliko puta izjavio da je dozvoljeno sve što nije zakonom zabranjeno pa ja molim odgovor u tom svijetlu.”, a anonimni komentator piše: “Za pojedinca je dozvoljeno sve što nije zabranjeno”.¹⁰ Pridružuju se i stručni laici, npr. računovođe i revizori: “Vodimo se načelom da sve ono što nije zabranjeno jest dopušteno, razumljivo, a da nije protivno Ustavu i javnom moralu”.¹¹ Moglo bi se reći da je to generalizirani argument *a contrario* (razlog suprotnosti) i da nezadrživo pobjeđuje na širokom frontu. Da ga neki drugi argumenti i neke

⁷ Grbin, I., *Ugovaranje zlatnih i valutnih klauzula*, Zakonitost, vol. 47, br. 1, 1993., str. 50 – 59.

⁸ Staničić, F., *Učinak vođenja upravnog spora na izvršnost upravnih odluka: privremene mjere i odgovorni učinak tužbe*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 52, br. 1, 2015., str. 159 – 173 (http://www.pravst.unist.hr/dokumenti/zbornik/2015115/zb201501_159.pdf) (11. ožujka 2017.).

⁹ Narodne novine, br. 143/2013.

Slično i crkveni zakonodavac: “Kan. 60 – Svatko komu to izričito nije zabranjeno može izmoliti bilo koji otpis.” (Zakonik kanonskog prava (CODEX IURIS CANONICI) proglašen vlašću pape Ivana Pavla II. (25. siječnja 1983.), http://www.pravst.unist.hr/dokumenti/zbornik/2015115/zb201501_159.pdf). Ali ni u crkvenom pravu nije sve tako jednostavno: “Kan. 5 – § 1. Dosadašnji običaji, bilo opći bilo krajevni, koji se protive propisima ovih kanona i koje kanoni ovoga Zakonika odbacuju, potpuno su ukinuti i ne dopušta se da ubuduće ožive; drugi također treba da se smatraju ukinutima, osim ako zakonik izričito određuje nešto drugo ili ako su stoljetni ili od pamtivyjeka – ti se doduše mogu podnositi ako ih, prema ordinarijevu sudu, zbog okolnosti mjesta i osoba, nije moguće otkloniti.” Ovdje se nećemo upuštati u pitanje koje se otvara imajući u vidu citiranu odredbu Zakona o obrtu – postaje li jedno načelo time što je izričito formulirano u zakonu tek jednim od zakonskih pravila ili i u tom slučaju zadržava status načela. Načelu o kojem raspravljamo rijetko se izričito pridaje karakter pravila, kao što je to ovdje npr. slučaj: “Ovdje valja imati na umu pravno *pravilo* da sve što nije zabranjeno je dopušteno.” (kurziv Z. P.).

¹⁰ <http://www.legalis.hr/forum/showthread.php/7779-Je-li-doista-dozvoljeno-sve-sto-nije-po-zakonu-zabranjeno>

¹¹ <http://www.rrif.hr/dok/preuzimanje/RRiF-2015-12-ogledni-primjerak.pdf> (uvodnik jednog od svezaka).

druge metode tumačenja mogu itekako dovesti u pitanje obično se, jednostavnosti radi, zaboravlja, prešućuje, ignorira itsl.

Slično je i s pitanjem što je to što načelo da je sve što nije zabranjeno dopušteno uopće čini pravnim načelom i što mu to i kako daje povlašteni status u odnosu na druga pravna načela, odnosno prednost u odnosu na brojna druga pravna načela koja bi se možda također mogla koristiti pri sudskom i drugim oblicima pravnog odlučivanja, obrazlaganja, argumentiranja, ukratko u pravu shvaćenom kao niz neprestanih komunikacija o pitanju što jest, a što nije pravo. Kao i s pitanjem o hijerarhijskom odnosu tog načela i pravnih vrijednosti, posebno pravnih vrijednosti koje mogu konkurirati pravnoj vrijednosti slobode, čiji je ono zapravo izraz. Kao i s pitanjem o njegovu odnosu naspram izričitih pravnih pravila u pravnim sistemima u kojima to načelo nije izričito formulirano. Otkud uopće argumentiranje uz pomoć tog načela sucima i sudovima u pravnoj kulturi u kojoj je najraširenija samorazumljivost da je pravo samo skup *normi*, dakle u kulturi u kojoj se pravna načela ni slučajno ne pojavljuju u uobičajenim definicijama prava?

Skrušeno priznajem da sam i sam ne samo slično *naivno* argumentirao, već i – i politički i znanstveno – trčao pred rudo! Potpuno opravdano 1989. godine redakcija “Starta”, na vrhuncu njegove tiražnosti, jedan moj tekst bombastično naslovljava: “Političko udruživanje je (ne)ustavno”¹² – ono *ne* ispred *ustavno* je stavljeno u zagradu jer sam zaključak da je političko udruživanje i u socijalizmu ustavno dopušteno izveo iz načela o kojem ovdje govorim.¹³ Tomu se nije čuditi ako se nedavno pojavila politička stranka tzv. pirata kojoj bi taj argument pristajao kao geslo: “Auch Parteichef Bernd Schlömer (...) geht auch davon aus, dass die SMV nach dem Parteiengesetz zulässig ist. „Es gibt hier eine Lücke, denn bei der Erarbeitung des Gesetzes hatte noch niemand an die heutigen digitalen Möglichkeiten gedacht”. Doch Schlömer, der Regierungsminister im Bundesverteidigungsministerium, geht davon aus, dass alles, was nicht ausdrücklich verboten ist, erlaubt ist”.¹⁴

¹² Start, br. 537, 19. kolovoza 1989., str. 30 – 31.

¹³ Moje lajanje je zapaženo, pa su moju sličnu argumentaciju pod naslovom “O (ne) dopustivosti i (ne)potrebnosti višestranačkog sistema u Jugoslaviji” uvrstili u zbornik *Izazovi pluralizma*, Zagreb, 1989., str. 120 – 132 (dio ovog rada preuzet je u “antologiju” *Jugoslavenski naučnici o političkom pluralizmu*, CDI, br. 91, Beograd, 1989., str. 99 – 103).

¹⁴ http://www.focus.de/politik/deutschland/tid-28284/programmparteitag-der-piraten-schoene-neue-digitale-demokratie-was-nicht-ausdruecklich-verboten-ist-ist-erlaubt_aid_868217.html (12. ožujka 2007.). U mojem prijevodu: “I šef stranke Bernd Schlömer (...) polazi također od toga da je SMV dopušten u skladu sa

Dugo sam po bespućima interneta tražio nekoga tko je oprezniji. Tek je jedan član Izvršnog odbora Hrvatske odvjetničke komore i predsjednik Odvjetničkog zbora Zagreba oprezniji i javno pita: "Što je sa sadržajima koji nisu ni dopušteni ni zabranjeni, odnosno je li dopušteno sve što nije zabranjeno?"¹⁵ Kolega pravnik, inače sudac jednog visokog suda, mi u povjerenju, na moje pitanje, odgovara: "To načelo koristim ponekad u usmenoj argumentaciji kod vijećanja, ali ne i u presudama.", ne navodeći razloge. Upitan za razloge, odgovara: "Usmeno sam ga koristio (ne sjećam se više povodom čega), onako, kao malu potporu dopuštenosti nečega. Moje sadašnje vijeće je "mnogo naprednijih" gledišta. No, iz iskustva znam da se suci i općenito pravnici praktičari puno bolje osjećaju s onim što je propisano. Ako nije, tada se osjećaju kao na skliskom terenu". Jedan mi drugi sudac piše: "Ne sjećam se da sam naišao na izričito iskazan taj stav kod čitanja odluka Ustavnog i Vrhovnog suda te visokih i županijskih sudova. Intuitivno, ne isključujem mogućnost da se ti sudovi tako pozivaju na taj stav, jer je taj stav općenit i apstraktan, čime je pogodan za obrazloženje odluka tih (ali ne i prvostupanijskih!) sudova, i to, naravno, po potrebi (*smiley*). Uzmite u obzir da gornje navode i intuitivni zaključak temeljim na čitanju (uglavnom) građanske i upravne prakse tih sudova ... ali ne i kaznene prakse za koju mi je ipak taj stav *a priori* najpodesniji!"¹⁶ Na dodatno pitanje u vezi s praksom prvostupanijskih sudova odgovara: "Mislio sam na to da se u praksi kod prvostupanijskih presuda veći dio obrazloženja ipak tiče činjeničnih pitanja, za razliku od obrazloženja odluka višestupanijskih sudova koja se više bave pravnim pitanjima. Tako je u kaznenom i parničnom postupku, a u upravnom sporu to baš i nije slučaj". To pročitavši, jedan odvjetnik komentira: "Intuicija koja se spominje definitivno postoji kao sjenka istočnoeuropskog

Zakonom o strankama. "Ovdje postoji praznina jer prilikom pisanja zakona nitko još nije mislio na današnje digitalne mogućnosti." A Schlömer, vladin direktor u Saveznom ministarstvu obrane, polazi od toga, da je sve što nije izričito zabranjeno, dopušteno."

¹⁵ Mario Janković, član Izvršnog odbora HOK-a i predsjednik Odvjetničkog zbora Zagreb (http://www.hok-cba.hr/sites/default/files/odvjetnik_7-8_2014_web.pdf) (11. ožujka 2017.).

¹⁶ Iz jedne presude Visokog upravnog suda Republike Hrvatske dade se ipak naslutiti da Ustavni sud nerijetko argumentira pozivajući se na ovdje raspravljano načelo: "Tužitelj se podneskom od 16. studenog 2012. očitovao na odgovor na tužbu tužitelja naglašavajući navode i razloge svoje tužbe. Pri tome upućuje na razloge određenih odluka i rješenja Ustavnog suda iz kojih proizlazi da je građaninu (...) *načelno dopušteno činiti sve što nije zabranjeno* Ustavom ili na Ustavu temeljenom propisu dok se državna tijela mogu kretati jedino u okvirima dopuštenim zakonom". (broj UsII-31/12-10 od 29. lipnja 2015., http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2015_08_86_1713.html, kurziv Z. P.)

pravnog nasljeđa, koje je *per se* postuliralo načelo *nitko ne smije biti siguran da li je u pravu ili izvan njega*.”

Daleko bi nas moglo odvesti otvaranje pitanja je li riječ o samo “istočnoeuropskom pravnom nasljeđu”. Jedan od znamenitijih zapadnoeuropskih pravoznanstvenika, Joseph Kohler¹⁷, 1904. godine na stranicama *Deutsche Juristenzeitung* (novine njemačkih pravnika) piše vizionarski članak o pojmu *Rechtsbeugung*¹⁸: “Rechtsbeugung (u civilnom pravu), ako se radi o odluci, sastoji se u tome da sudac svjesno protupravno proglasi *postojećim* ili *nepostojećim* (kurziv Z. P.) neki zahtjev ili subjektivno pravo. Međutim, kako on vidi objektivno pravo, i koje zaključke iz toga izvlači za pojedinačni slučaj subjektivnog prava, to je stvar njegova uvjerenja; bilo to uvjerenje znanstveno ili neznanstveno, bilo ono u arbitra potpuno laičko, ono ipak ostaje njegovo uvjerenje: nitko nije ovlašten prodrijeti u svetost sudačke djelatnosti koja oblikuje uvjerenje. (...) Posebice treba uvjerenju suca potpuno (istaknuo Z. P.) prepustiti ispitivanje koje značenje pridaje pojedinom izvoru prava, ako npr. pretpostavlja da je npr. zakon ukinut običajnim pravom ili da zakon u samom sebi nosi ograničenja ili, konačno, da zakon pri njegovoj primjeni mora biti povezan s etičkim odvagaućima i važiti samo utoliko, ukoliko je rezultat stvoren iz riječi zakona poveziv sa savjesnošću i poštenjem.”¹⁹ To još više vrijedi za tumačenje: “Posebice je sudac slobodan u tumačenju zakona; naravno, nije vezan za predradove i u njima izražena mišljenja, nije vezan ni za presedane, nije vezan ni na ono što tekst zakona najprije i neposredno daje; on može pretpostaviti da pri tumačenju zakona treba pretpostaviti neki neprvobitni smisao riječi.”²⁰ “Stvaralačka snaga pravoskrbi” ne smije biti paralizirana, a “slobodno tumačenje zakona prema mjerilu potreba života i promjenljivih socijalnih odnosa koji nikad ne ostaju isti” mora biti priznato “u punoj mjeri”.²¹ Takav tip tumačenja Kohler vidi posvuda (od Njemačke i Francuske do Engleske i SAD-a).²² Vizionarstvo tog

¹⁷ Kojeg će H. Kantorowicz (kao Gnaeus Flavius) 1906. uvrstiti u popis prijatelja slobodnopravnoga pokreta u kategoriji onih koji su se “prigodno izjašnjavali” (*Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Winter, Heidelberg, 1906., str. 50).

¹⁸ U njemačkom kaznenom pravu *Rechtsbeugung* se naziva kazneno djelo za koje može odgovarati samo sudac ili službena osoba koja protupravno povrijedi pravo u korist ili na štetu neke stranke u postupku.

¹⁹ Kohler, J., *Über den Begriff der Rechtsbeugung*, *Deutsche Juristenzeitung*, vol. 9, br. 13, 1904., str. 613 – 616.

²⁰ *Op. cit.*, str. 614.

²¹ *Ibid.*

²² Samo je po sebi razumljivo da Kohler, *op. cit.*, najvećim mogućim zlom drži bilo kakvo kaznenopravno kontroliranje sudačkoga uvjerenja (vidi njegovu argumentaciju na str. 615 – 616).

članka vidim u tome što je naslutio optužbe kojima će uskoro biti izloženo tzv. slobodno tumačenje prava.²³

Primjere naivnoga i olakoga argumentiranja, pravničkoga i laičkoga, da je sve što nije zabranjeno dopušteno, mogli bismo navoditi bez kraja.

Već je Aristotel upozoravao na moguću kontradiktornu suprotnost zapovijedi i zabrane: "U *jednom* smislu pravo je ono što zakon zapovijeda u odnosu na svaku pojedinu vrlinu. Ako zakon npr. ne zapovijeda samog sebe ubiti; ali ono što on ne zapovijeda ubiti, to zabranjuje ubiti."²⁴ Komentar kaže: "Takav argument (protiv samoubojstva) očito je samo tada valjan, kad su svi moralno relevantni načini ponašanja ili zapovjedeni ili zabranjeni te nema ničega trećega, to znači posebice nije (u apsolutnom smislu) dopušteno nijedno ponašanje, koje nije ni zapovjedeni, ni zabranjeno."²⁵ Ako pratimo povijest pojma zabrane, vidimo da se npr. Toma Akvinac ne bavi pojmovnim odnosom zapovijedi i zabrane, već ga više zanimaju razlozi zabranjenosti grijeha.²⁶ 1767. godine G. Achenwall, prosvjetiteljski povjesničar i pravnik (1719. – 1772.), tematizira zabranu kao pojam kontraran pojmu zapovijedi, ali dodaje treći kontrarni temeljni pojam – pojam indiferentnoga, od čega polazi i Kant.²⁷ Hegel smatra da postoje samo pravne zabrane, a pozitivnom obliku pravnih zapovijedi, imajući u vidu njegov konačni sadržaj, osnova je zabrana.²⁸ Preko Leibniza i J. Benthamina formaliziranje logičkih odnosa između temeljnih pojmova "zapovijed", "zabrana" i "dopuštenje" postaje posao deontičke logike.²⁹ Razvitak do G. Kalinowskog, dakle sedamdesetih godina 20. stoljeća, potpuno je u *Historisches Wörterbuch der Philosophie* preskočen. Prešućen je, dakle, i naš Hohfeld.

Najprije u mojoj disertaciji *Hermann U. Kantorowicz i slobodnopravni pokret* iz 1995., a kasnije i u jednom radu iz 2007. godine³⁰, branio sam tezu, polazeći od

²³ O drastičnim optužbama upravo za *Rechtsbeugung* vidi Pokrovac, *op. cit.* u bilj. 2, poglavlje 9.6., ad 1912. godina.

²⁴ *Eth. Nic.* 1138a, citirano prema *Historisches Wörterbuch der Philosophie* (dalje u tekstu: HWPh) (izd. J. Ritter i K. Gründer), t. 1 – 13, Basel/Stuttgart, 1972. – 2007., t. 11, str. 586.

²⁵ HWPh, t. 11, str. 586.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ HWPh, t. 11, str. 586 – 587.

²⁸ HWPh, t. 11, str. 587 (Hegel, *Grundl. der Philos. des Rechts*, 1821., par 38, 91 f.).

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Pokrovac, Z., *Zabrana uskrate (odbijanja) suđenja (sudovanja, pravosuđa) i prava između slobodnopravnoga pokreta i Niklasa Luhmanna*, u: Pokrovac, Z.; Padjen, I. (ur.), *Zabrana uskrate pravosuđa i prava / Justiz- und Rechtsverweigerungsverbot*, 11. njemačko-hrvatski pravnički simpozij, Split, 27. – 28. travnja 2007. / 11. deutsch-kroatisches

izvoda temeljenih na Luhmannovim i Habermasovim analizama, da je bar plauzibilno tvrditi da *tek u izvjesnim povijesno-sistemskim socijalnim okolnostima juristička sloboda kulminira u obliku sudske i sudačke, pravnosistemske i metodičke osigurane slobode*. Ta je sloboda *paradoksalno utemeljena upravo na principu vezanosti zakonom i generaliziranoj zabrani odbijanja sudovanja*. Generalizirana zabrana odbijanja sudovanja nije važna samo za razumijevanje sudačke slobode, već i za preciznije povijesno kontekstualiziranje aksioma slobode na kojem inzistira npr. i Cossijeva egološka teorija prava.³¹ Svako je pravno ponašanje, po Cossiju, obilježeno sprječidbenošću i, zbog svoje koegzistencijalnosti, ili dopušteno ili nedopušteno. S obzirom na slobodu ili bezbroj mogućnosti podijeljenog ponašanja proizlazi “da *sve one bezbrojne mogućnosti koje nisu normativno zabranjene jesu pravno dopuštene nužnošću same egzistencije*”.³² Upravo to je “*aksiom slobode*, koji dominira pravnim sistemom” i koji nije “logičke, već ontološke, egzistencijalne prirode”.³³

Dokazivao sam da *samo* u *modernim* pravnim sistemima svako konkretno djelovanje oko čije (ne)dopuštenosti postoji spor može postati predmet sudskog odlučivanja i da su upravo sudovi – u pravilu – dužni odnosno slobodni donijeti *konačnu* odluku o sporu. Moj glavni junak, Kantorowicz, drži “da se prema slobodnom pravu” može nuditi “rješenje, koje prema državnom nije dano, a da se ne pretpostavlja da je zakonodavac svjesno želio da u tom slučaju dođe do oslobođenja ili odbijanja”.³⁴ Prije konačne sudske odluke svako je konkretno djelovanje i potencijalno dopušteno i potencijalno nedopušteno, odnosno vlada *neizvjesnost*³⁵ glede njegove (ne)dopuštenosti. Zbog nemogućnosti da se *prije* sudske kontrole dopuštenosti konkretnih djelovanja normativno zabrane ili dopuste bezbrojne mogućnosti djelovanja, *ni logički, ni egzistencijalno, ne slijedi da su one dopuštene odnosno zabranjene*.³⁶ Liberalni političko-pravni princip

Juristensymposium, Split, 27 – 28 April 2007, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Hrvatska udruga za pravnu i socijalnu filozofiju, Split/Zagreb, 2010., str. 371 – 388.

³¹ Slijedim Viskovićev prikaz Cossijeva gledišta (Visković, N., *Pravo kao kultura. Egološka teorija prava Carlosa Cossija*, Izdavački centar Rijeka, Rijeka, 1990., str. 166; vidi i poglavlja 19 i 20).

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

³⁴ Kantorowicz, *op. cit.* u bilj. 17, str. 14 – 15.

³⁵ Bilo bi zanimljivo istražiti paralele između otkrića i priznanja neodređenosti pravnih pojmova i neizvjesnosti u pravu i Heisenbergova otkrića principa neodređenosti u fizici. Vjerojatno nije slučajno da se oboje zbiva u prva tri desetljeća 20. stoljeća i da otpori u pravoznanstvu nisu bili ništa manji nego oni u fizici.

³⁶ H. Kantorowicz govori o normama “koje kao takve još nisu stupile u ničiju svijest, tek putem »nalaženja prava« /Rechtsfindung/ moraju biti učinjene vidljivima.” (*Re-*

da *sve što nije zabranjeno jest dopušteno* realistički preformuliran glasio bi: svako konkretno djelovanje koje *nije* bilo predmet sudske kontrole *može* biti sudski kontrolirano i *može* biti zabranjeno ili dopušteno; svako konkretno djelovanje koje je bilo predmet sudske kontrole, a nije zabranjeno, jest *dopušteno*. Ni tako preformuliran princip povijesno nije univerzalan. Predmoderni pojam privilegija³⁷, koji se, usput rečeno, izgleda u Hohfelda ne tematizira, i moderni pojam apstraktnog subjektivnog prava po načelu jednakosti pred zakonom temeljito su različiti: privilegijem dopušteno djelovanje dopušteno je uvijek i samo za *konkretnog* podanika kojem se privilegij podjeljuje, dok zakonsko subjektivno pravo dopušta djelovanje *apstraktnog* pravnog subjekta, tj. svih građana odnosno državljana.³⁸ Pri tomu je manje važno o kakvom tipu zakonodavstva je riječ – liberalnom ili autoritarnom. Npr. u njemačkim zemljama u 19. stoljeću ukidanje staleških privilegija bilo je rezultat apsolutne države i njezina autoritarnog zakonodavstva.³⁹ Samo u sistemu subjektivnih prava slobodne sudske odluke mogu širiti ili sužavati slobodu djelovanja apstraktnih pravnih subjekata jer *nema* načina da se jednom donesena konačna odluka dovede u pitanje, a vrlo se teško i rijetko može spriječiti njezin utjecaj *pro futuro*.⁴⁰ Usput da spomenem da se u jednom domaćem, već klasičnom udžbeniku za studij prava,

chtswissenschaft und Soziologie, Tübingen, 1911., str. 138, citirano po pretisku: Kantorowicz, H., *Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, hrsg. T. Würtenberger, Karlsruhe, 1962., str. 117 – 144). Čini se da bi upravo to “slobodno običajno pravo” reguliralo djelovanje glede čije (ne)dopuštenosti postoji neizvjesnost.

³⁷ Vidi posebice vrlo informativne radove H. Mohnhaupta, *Untersuchungen zum Verhältnis Privileg und Kodifikation im 19. und 20. Jahrhundert* (Ius commune, vol. V, Hrsg. v. H. Coing, Frankfurt/M., 1975., str. 71 – 121), *Privatrecht in Privilegien* (Vorträge zur Geschichte des Privatrechts in Europa. Symposium in Krakau 9 – 12 Oktober 1980, Frankfurt/M., 1981., str. 58 – 75) i *Privileg, neuzeitlich* (u: Erler, A.; Kaufmann, E. (ur.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, t. III, Berlin, 1984., str. 2025 – 2011) te H. Krause, *Privileg, mittelalterlich* (u: Erler, A.; Kaufmann, E. (ur.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, t. III, Berlin, 1984., str. 1999 – 2005). U oskudnoj jugoslavenskoj literaturi vidi Lj. Tadić, *Predmet pravnih nauka*, Beograd, 1966., str. 26.

³⁸ O njemačkoj *staleškoj reakciji* protiv “nivelirajuće” tendencije zakona vidi Ogorek, R., *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1986., str. 67 – 75.

³⁹ Vidi Ogorek, *op. cit.* u bilj. 38, str. 67.

⁴⁰ Utoliko je H. Kantorowicz u pravu kad prirodno pravo naziva jednom ranom vrstom slobodnog prava, koje je također služilo za širenje raznih sloboda (pobliže vidi *Die Epochen der Rechtswissenschaft, Die Tat*, vol. 6, br. 4, 1914., str. 345 – 361, str. 356, citirano prema Kantorowicz, H., *Rechtshistorische Schriften* /Hrsg. v. H. Coing i G. Immel, Karlsruhe, 1970.; vidi i Pokrovac, *op. cit.* u bilj. 2, poglavlje 6.1.1.).

može još uvijek pročitati da pravo koje pripada svakome *nije* nikakvo pravo! To zapravo i nije tako čudno – ako se subjektivno pravo još i danas shvaća kao predmoderni *privilegij*.

Da je prije konačne sudske odluke svako konkretno djelovanje i potencijalno dopušteno i potencijalno nedopušteno, odnosno vlada *neizvjesnost* glede njegove (ne)dopuštenosti, može se pokazati brojnim primjerima. Ovdje bi trebala biti dovoljna dva sljedeća.

Primjer 1:

“Odredbom čl. 32. st. 1. ZTD-a zagantirana je poduzetnička sloboda, pa predmet poslovanja trgovačkog društva može biti obavljanje svake dopuštene djelatnosti. Dopusštena je svaka djelatnost koja nije zakonom zabranjena ili nije suprotna moralu društva (čl. 32. st. 2. ZTD). Takva poduzetnička sloboda ipak trpi ograničenja, pa se neke djelatnosti mogu prema posebnim propisima obavljati samo uz posebnu suglasnost, dozvolu ili drugi akt državnog organa ili neke institucije, a neke mogu obavljati samo određeni oblici trgovačkih društava.

Ako je za pojedine djelatnosti zakonom propisano da se mogu obavljati samo na temelju suglasnosti, dozvole ili drugog akta državnog organa ili neke institucije, upis te djelatnosti u trgovački registar provest će se samo na temelju prethodne suglasnosti ili dozvole toga organa ili institucije (čl. 34. st. 2. ZTD). Skupine djelatnosti određene su u Nacionalnoj klasifikaciji djelatnosti, no kako je naprijed označeno, to ne znači da sva trgovačka društva bezuvjetno mogu obavljati sve djelatnosti svih skupina.

Predlagatelj je zatražio upis djelatnosti iz skupine 64.2 Telekomunikacije... za koje Zakon o telekomunikacijama (Narodne novine br. 53/94) propisuje obvezu pribavljanja koncesije nadležnog vijeća za telekomunikacije. Žalitelj pogrešno kvalificira pravnu prirodu koncesije. Koncesija nije ugovor, to je odobrenje odnosno akt nadležnog državnog organa ili institucije koji koncesionaru daje određene ovlasti, a predstavlja pravnu osnovu koncesionaru da sklopi ugovor o koncesiji. Bez potrebne koncesije ne može se izvršiti upis djelatnosti za koju je propisana potreba pribavljanja koncesije.” (Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Pž-4237/99, 3. listopada 2000.).

Primjer 2:

“Sukladno odredbi članka 32. Zakona o trgovačkim društvima (Narodne novine, broj 111/93, 34/99, 52/00 i 118/03, nastavno: ZTD) predmet poslovanja trgovačkog društva može biti obavljanje svake dopuštene djelatnosti (stavak 1.), a dopuštena je svaka djelatnost koja nije zakonom zabranjena ili nije

suprotna moralu društva (stavak 2.). Iznimke od navedenog su one djelatnosti za obavljanje kojih je potrebna suglasnost, odobrenje ili drugi akt nadležnog tijela propisane posebnim zakonom. Prema odredbi članka 51. ZSR-a predmet poslovanja / djelatnost upisuju se u sudski registar u skladu s posebnim zakonom (stavak 1.), a ako djelatnost nije propisana posebnim zakonom, ista se upisuje u skladu sa zahtjevom za upis i aktom subjekta upisa, uz uvjet da djelatnost nije zabranjena posebnim zakonom ni protivna moralu društva, te da se ne odnosi na djelatnost državnih tijela, osoba koje obavljaju javne poslove, političkih stranaka ili drugih osoba propisanih zakonom (stavak 2.).

Djelatnost "posredovanja pri sklapanju financijskih poslova" kao ostale financijske usluge propisana je odredbom članka 6. stavak 2. točka 11. Zakona o bankama (Narodne novine, broj 84/02). U smislu odredbe članka 6. Zakona o bankama upis navedene djelatnosti za banke i podružnice strane banke ograničen je odobrenjem Hrvatske narodne banke, dok za ostale subjekte upisa (dakle i za predlagatelja koji nije banka niti podružnica strane banke) nema navedenog ograničenja." (Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Pž-108/06-3, 31. siječnja 2006.).

Ne znam dovoljno o Hohfeldovim radovima, ali mi se iz interpretacije Ivane Tucak čini da se glavne Hohfeldove teme pojavljuju kao ahistorične, kao da za njih povijesno-socijalno kontekstualiziranje nije uopće ili nije osobito važno. Luhmann ide u drugu "krajnost" – njega hohfeldovska raščlanjivanja jedva zanimaju, već ga zanima kako se počevši još prije 18. stoljeća rekonstruira sintagma "subjektivna prava".⁴¹ To je u skladu s njegovim općenitim nalazom da si pravna nauka, kad se osjeća prinuđena na pojmovni rad i definicije, pomaže

⁴¹ Niklas Luhmann (*Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1993.) pak posvuda pokazuje historičnost pojma *subjektivno pravo*. Ona bi se mogla sažeti ovako: Kao rezultat evolucije, koja omogućava izdiferenciranje i podizanje kompleksnosti te, ako je ova dosegnuta, obilježena daljnjom evolucijom, danas u pravnom sistemu postoje strukture, koje znatno odstupaju od onoga što nalazimo u tribalnim društvima. Odlučujuću razliku može se označiti kao *personaliziranje* pravnih položaja. Na to se priključuje ona doista najznačajnija tekovina novovjeke evolucije prava: figura subjektivnih prava. Njome se dostiže pravnotehnički upotrebljivo razvijanje paradoksa slobode (tj. nužnost ograničavanja slobode kao uvjet slobode), naime, uključivanje isključenoga, juridificiranje proizvoljnosti. U okviru njegovih subjektivnih prava svatko može djelovati kako mu se sviđa; njegovi se motivi pravno ne kontroliraju; a ako to treba ograničiti, mora se (i može) toj namjeri dati pravni oblik ograničenja subjektivnog prava. Daljnje tekovine, koje su bile na raspoložbi na kraju 18. stoljeća, ovo pretpostavljaju i iskorištavaju za nadovezujuća generaliziranja – tako opća pravna sposobnost neovisna o staležu i podrijetlu i pozitiviranje prava. Po Luhmannu proces personaliziranja počinje u Engleskoj već u 12. stoljeću (str. 291).

kombinacijom historijskih materijala, ne izostavljajući ni jednu važnu ideju: "Subjektivno pravo je *istodobno* volja, nadležnost, interes i pravna moć, kao da važi, na okupu držati ukupnost uporabivih teorija i pripremiti ih za praktičan izbor".⁴² Luhmann ne prešućuje skepse u pogledu korisnosti ideje subjektivnog prava, pa tako u jednoj fusnoti navodi veoma zanimljivu tezu Longchampsa da praksa *nikad nije koristila pojam subjektivnog prava*⁴³ te se pita što znači dodatno obilježje "subjektivno", koje se još iz njega mogu izvući upute za tumačenje, ako se više ne prihvaća filozofija, koja je pojam formulirala.⁴⁴

Njegov odgovor o rekonstrukciji sintagme "subjektivna prava" glasi: Od Hobbesa se razlika pravo/politika formulira kao opozicija *suverena država / preddržavno dana, dakle "prirodna" individualna prava*. Ali to nije bilo dovoljno. Ako se promatra s gledišta povijesti dogmi, ovaj je idiom "prirodnih" prava samo duhom vremena uvjetovana prijelazna semantika, samo simbol za *politički nekontrolirani nastanak prava*, koji postaje suvišan, čim se za ovo činjenično stanje razvije dovoljno oblika pozitivnoga prava. To se događa zaobilazno, priznavanjem ugovorne slobode, slobodno raspoloživog vlasništva te, počevši u 18. stoljeću, priznavanjem pravne sposobnosti korporacija, koje nisu osnovane dekretom političkog posjednika moći. Kad je sve to osigurano, "subjektivna prava" se može denaturalizirati i rekonstruirati kao puke reflekske objektivnog prava (*inclusive* ustav). Ali to je moguće samo zato što normativna očekivanja za njihovo zahtijevanje ("zu ihrer Geltendmachung") nisu upućena na pozicije nadmoćnosti. A možda je u tome ležao i profesionalni interes pravnika, zadočiti mogućnost plediranja odozdo.⁴⁵ Dakle, tajna žilave ideje o "subjektivnim

⁴² Luhmann, N., *Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft*, u: Luhmann, N., *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, t. 2, Frankfurt am Main, 1981., str. 45 – 104, str. 96, istaknuo Z. P. Tucak, *op. cit.*, ipak kao da vjeruje da postoji temeljni element i neka jezgra "subjektivnog prava", makar pisalo "jezgra", tj. u navodnicima: "Temeljni element i "jezgra" svakog subjektivnog prava naziva se pravno ovlaštenje (njem. *Machtbefugnis*, franc. *prérogative*)" (str. 268). (Ostavimo po strani sumnju u to mogu li se *Machtbefugnis* i *prérogative* lakonski prevesti kao "pravno ovlaštenje".) Kada nadalje piše "Analiza novijih određenja subjektivnog prava iz udžbenika građanskog prava *Stvarno pravo* i *Građansko pravo* (...) pokazuje da je struka u vezi s tim pitanjem postigla konsenzus", ostaje dužna dokaz da su samo dva, i to domaća udžbenika, dovoljan dokaz stručnog konsenzusa.

⁴³ Pojam je jednostavno odgovarao teorijskim potrebama "doktrine" (*ibid.*, str. 96, istaknuo Z. P.; poziva se na F. Longchampsov rad *Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine*, Archives de Philosophie du droit, vol. 9, 1964., str. 45 – 70).

⁴⁴ Luhmann, *op. cit.* u bilj. 41, str. 96 – 97, istaknuo Z. P.

⁴⁵ Luhmann, *op. cit.* u bilj. 41, str. 151.

pravima” kao “pukim refleksima objektivnog prava” razotkriva se, drukčije nego što bi se moglo zaključiti čitajući Hohfelda, u povijesti evolutivno nastalih institucija poput ugovorne slobode, slobodno raspoloživog vlasništva, pravne sposobnosti korporacija i u korespondirajućoj socijalnoj povijesti ideja. Luhmann nas također podsjeća da se u toj evoluciji izdiferenciranošću dogmatike prava, koja s neprevidivim osobinama pripada u pravni sistem, izdiferencirala i funkcija stabiliziranja (diferenciranje selekcija/stabiliziranje).⁴⁶ Pojam “subjektivnog prava” ubraja među inovacije s dalekosežnim posljedicama koje su omogućile da pravni sistem dostigne dinamičnu stabilnost.⁴⁷

Kao što figura subjektivnog prava nije razumljiva bez njezina historiziranja, tako ni načelo *sve što nije zabranjeno jest dopušteno* nije razumljivo bez njegova historiziranja. Oboje u našem pravoznanstvu nije ni počelo. Mislim da bi bilo zanimljivo i korisno istraživati hrvatsko sudsko argumentiranje načelom *sve što nije zabranjeno jest dopušteno* u povijesnim kontekstima, posebice ako bi se ono koreliralo s velikim političko-socijalnim promjenama. Tako npr. 1984. godine i Okružni sud u Dubrovniku argumentira po načelu *sve što nije dopušteno jest zabranjeno*: “Isključena je mogućnost da se (...) dijete povjeri (...) drugom roditelju »barem jedan tjedan mjesečno, i to neprekidno«. (...) Naše porodično pravo ne dozvoljava takvu parcijalnu povjeru djeteta”⁴⁸, kao da je to načelo ahistorijsko, nadvremensko ili izvanvremensko, vječno i posvuda važeće. A nije tako. Dovoljno je pogledati njemačku pravnu povijest. R. Ogorek je pokazala⁴⁹ da se pojam pravne države (*Rechtsstaat*) razvio prije svega iz razgraničenja i kao protupojam državi moći i proizvoljnosti. U tom tipu države, zvanom i policijska država (*Polizeistaat*), na vrhu su interesi države, a sva područja života sveobuhvatno reglementirana i nadzirana. Pri tom se prije polazi od načela da je *sve što nije dopušteno, zabranjeno!* Tek se u pravnoj državi traži pravno obrazloženje za svako ograničenje slobode čovjeka, tj. veliku ulogu dobiva načelo da je sve dopušteno, što nije izričito zabranjeno.

Da se još jednom vratim *generaliziranoj zabrani odbijanja sudovanja*. Zabrana uskrate suđenja omogućuje da svaki zamislivi zahtjev dođe pred suca. Za to nema boljeg dokaza od činjenice da se sudovi u najčešćim – građanskim – postupcima bave i *trebaju* baviti i tužbama i tužbenim zahtjevima koji su već

⁴⁶ Luhmann, *op. cit.* u bilj. 41, str. 275.

⁴⁷ Luhmann, *op. cit.* u bilj. 41, str. 274.

⁴⁸ Okružni sud u Dubrovniku, Gž 667-83, od 10. siječnja 1984., objavljeno u *Zbirka sudskih odluka iz porodičnog prava* (priredili M. Žuvela i I. Smoljan-Munjin), Zagreb, 1988., str. 50.

⁴⁹ Ogorek, *op. cit.* u bilj. 39, str. 67 – 75.

prima facie meritorno neosnovani⁵⁰ i za koje već *prima facie* nema pravnog interesa – nepostojanje pravnog interesa sud smije i može utvrditi tek *nakon* što se je pozabavio nekom tužbom! U Luhmannovoj koncepciji bitno je to da *samo* sud treba odgovoriti na svaki zahtjev za zaštitu prava (“tužbu”). Imajući u vidu da i u kaznenom postupku vrijedi isto, a kategorija pravnog interesa u njemu nema skoro nikakvoga značenja, onda se može reći da Luhmannovo ishodište ima općenitu pravnoteorijsku upotrebljivost. Ono *ne* podrazumijeva da postoji apstraktno pravo na tužbu neovisno o subjektivnom pravu i ne dovodi u pitanje značenje pravnog interesa u pravnim porecima i sudskim postupcima koji ga poznaju.

S obzirom na to da zabrana uskrate suđenja omogućuje da svaki zamislivi zahtjev dođe pred suca, onda je nerealno očekivati da zakonodavstvo za svaki zahtjev ima pripremljen odgovor, pa ma koliko opsežan katalog subjektivnih prava ono nudilo. Velika kontroverza oko pitanja lakunoznost ili zatvorenost (odnosno potpunost) prava, koja kulminaciju doseže u slobodnopravnom pokretu i s njime, a traje do sedamdesetih godina 20. stoljeća, u Luhmannovoj teoriji pozitivnoga prava nalazi kompromisno razrješenje, koje *prešutno integrira rezultate slobodnopravne kritike*. Luhmann, naime, tvrdi da pravni sistem “radi utoliko operativno zatvoren, koliko mora reproducirati samo vlastite operacije; ali on je utoliko, upravo na temelju ovoga svojstva, sistem otvoren okolini, jer mora biti spreman reagirati na pobude svake vrste, ukoliko one samo dobiju pravnu formu”. Tako “zabrana uskrate suđenja jamči otvorenost kroz zatvorenost”.⁵¹ U slobodnopravnom pokretu težište je bilo na otvorenosti, a iz uvida u nužnost reagiranja na potpuno nepredvidive poticaje izvlačene su razne konsekvence. Npr. glede sudačkog djelovanja insistira se da se novi poticaji ne siluju logičko-konstruktivnim metodama, kako bi se ono novo podvelo pod stara rješenja – to je “tajna” razumijevanja neprestano ponavljana slobodnopravnoga zahtjeva da se vodi računa o potrebama života, odnosno figure “života” koja sa slobodnopravnim pokretom prodire u teoriju prava.

LITERATURA

Grbin, I., *Ugovaranje zlatnih i valutnih klauzula*, Zakonitost, vol. 47, br. 1, 1993., str. 50-59.

⁵⁰ Uvjerljiv prikaz, bez spominjanja zabrane uskrate suđenja, vidi u: Triva, S.; Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, 7. izdanje, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2004., str. 143.

⁵¹ Luhmann, *op. cit.* u bilj. 41, str. 467.

- Historisches Wörterbuch der Philosophie* (HWPh) (izd. J. Ritter i K. Gründer), t. 1-13, Schwabe AG Verlag, Basel/Stuttgart, 1972-2007.
- Kantorowicz, H. (Gnaeus Flavius), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Winter, Heidelberg, 1906.
- Kohler, J., *Über den Begriff der Rechtsbeugung*, Deutsche Juristenzeitung, vol. 9, br. 13, 1904., str. 613-616.
- Krause, H., *Privileg, mittelalterlich*, u: Erler, A.; Kaufmann, E. (ur.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, t. III, Schmidt Verlag, Berlin, 1984., str. 1999-2005
- Luhmann, N., *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1993.
- Luhmann, N., *Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft*, u: isti, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, t. 2, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1981
- Mohnhaupt, H., *Untersuchungen zum Verhältnis Privileg und Kodifikation im 19. und 20. Jahrhundert*, Ius commune, vol. V, 1975., str. 71-121.
- Mohnhaupt, H., *Privatrecht in Privilegien*, u: *Vorträge zur Geschichte des Privatrechts in Europa. Symposium in Krakau 9.-12. Oktober 1980*, Frankfurt/M., 1981., str. 58-75.
- Mohnhaupt, H., *Privileg, neuzeitlich*, u: Erler, A.; Kaufmann, E. (ur.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, t. III, Schmidt Verlag, Berlin, 1984., str. 2005-2011.
- Ogorek, R., *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1986.
- Pokrovac, Z., *Slobodno stvaranje prava. Hermann Ulrich Kantorowicz i slobodnopравни pokret*, Breza, Zagreb, 2018.
- Pokrovac, Z., *Zabrana uskrate (odbijanja) suđenja (sudovanja, pravosuđa) i prava između slobodnopavnoga pokreta i Niklasa Luhmanna*, u: Pokrovac, Z.; Padjen, I. (ur.), *Zabrana uskrate pravosuđa i prava • Justiz- und Rechtsverweigerungsverbot. 11. njemačko-hrvatski pravnički simpozij, Split, 27.-28. travnja 2007. • 11. deutsch-kroatisches Juristensymposium, Split, 27.-28. April 2007*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Hrvatska udruga za pravnu i socijalnu filozofiju, Split/Zagreb, 2010., str. 371-388.
- Staničić, F., *Učinak vođenja upravnog spora na izvršnost upravnih odluka: privremene mjere i odgovorni učinak tužbe*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 52, br. 1, 2015., str. 159-173.
- Triva, S.; Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, 7. izd., Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2004.
- Tucak, I., *Hohfeldova analitička teorija prava*, Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Osijek, 2016.
- Visković, N., *Pravo kao kultura. Egoistička teorija prava Carlosa Cossija*, Izdavački centar Rijeka, Rijeka, 1990.

Summary

Zoran Pokrovac*

**IS ALL THAT IS NOT PROHIBITED REALLY ALWAYS
AND EVERYWHERE PERMITTED? AN ATTEMPT
AT A LEGAL-THEORETICAL CAUSERIE**

Both laymen and lawyers often invoke the argument that everything which is not prohibited is permitted. The Supreme Court of the Republic of Croatia elevates that “rule” to the rank of a basic principle: “The basic principle is that all that is not prohibited is permitted” (emphasis by Z.P.). In assessing the constitutionality of the pertinent Supreme Court judgment, the Constitutional Court concludes that: “[...] the competent courts [...] provided serious, relevant and sufficient reasons for their decisions, or that they explained their legal positions in a manner which leaves no room for doubt as to the arbitrariness of action and decision-making”. At least in this regard the legislator seems to be clear: “Any economic activity that is not prohibited by law is permitted” (Art. 2/3, Crafts Act). Laymen are not falling behind either. There are numerous examples of naive and lightly made argumentation, among both lawyers and laymen, that everything which is not prohibited is permitted.

Already Aristotle warned about the possible contradiction between order and prohibition, and the history of their conceptual relation is long and complicated.

All legal behaviour, according to Cossio, is marked by preventability and, because of its coexistentiality, either permitted or not permitted. Given the freedom or innumerable possibilities of shared behaviour, it follows that “all those innumerable possibilities which are not normatively prohibited are legally permitted by the necessity of mere existence” (Visković). This is precisely the “axiom of freedom, which dominates the legal system” and which is not of a “logical, but of an ontological, existential nature” (ib.). I have argued that only in modern legal systems any concrete action whose (non) permissibility is disputed can become the subject of adjudication and that the courts are, as a rule, obliged and free to make the final decision on the dispute. Before a final court decision, all concrete behaviour is potentially permitted and potentially not permitted, i.e. there exists uncertainty regarding its (non)permissibility. Because of the inability to legally prohibit or permit innumerable possibilities of action before judicial control, it does

* Zoran Pokrovac, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Split, Domovinskog rata 8, Split; pokrovac@pravst.hr;
ORCID ID: orcid.org/0000-0002-1341-8372

not follow, logically or existentially, that they are permitted or prohibited. Were we to realistically reformulate the principle that everything which is not prohibited is permitted, it would run as follows: any concrete action which has not been subject to judicial control can be judicially controlled and can be prohibited or permitted; every concrete action which has been the subject of judicial control, and was not prohibited, is permitted. However, the principle thus reformulated is not historically universal either.

Keywords: principle that all which is not prohibited is permitted, uncertainty, judicial control, subjective right